

POSTSCRIPTUM

FUENTES, NORMATIVIDAD E INDIVIDUACIÓN¹

SUMARIO: 1. *Fuentes*. 2. *Individuación en general*. 3. *Reglas que confieren facultades*. 4. *Normatividad*. 5. *Enunciados normativos*.

Una teoría de la naturaleza de los sistemas jurídicos constituye uno de los principales elementos de la parte analítica de la filosofía jurídica. Conjuntamente con una teoría de la decisión jurídica,^a proporciona el fundamento conceptual de nuestro entendimiento del derecho como institución social de gran importancia en la sociedad; constituyen la base para una evaluación crítica del derecho, lo que constituye la otra parte de la filosofía jurídica.

Algunos autores sostienen que las disposiciones jurídicas no necesariamente pertenecen a sistemas jurídicos.² Como observación lingüística,

¹ No serviría a ningún propósito útil enlistar todas las cuestiones sobre las cuales he evolucionado o cambiado con relación a las ideas expresadas en la primera edición de *The Concept of a Legal System*. (Este capítulo fue añadido por Raz a la segunda edición. NT). Mi propósito en este *Postscriptum* es concentrarme sobre tres temas fundamentales abordados en el libro: defender las ideas expresadas sobre la dependencia del derecho en fuentes, sobre la individuación del derecho y señalar cómo estaba errado en cuanto a los presupuestos subyacentes de la normatividad del derecho.

^a *Cfr. supra*, capítulo VI.

² Véase especialmente Honoré, A. M. "What is a Group" en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Vol. 61, 1975. p. 161; MacCormack, G. "Law' and 'Legal System'", en *The Modern Law Review*, Vol. 42, 1979, p. 285, *Cfr.* también: Eekelaar, J. M. "Principles of Revolutionary Legality" (en Simpson, A. W. B. *Oxford Essays in Jurisprudence*. (Second Series), Oxford, Oxford University Press, [1973], 1978, pp. 22-43), para un argumento en favor de la existencia de principios jurídicos que trascienden el sistema. Ronald M. Dworkin algunas veces se expresa como si compartiera el punto de vista (*Cfr. Taking Rights Seriously*, Londres Duckworth, [1977] 1979 p. 344. [Existe versión española debida a Marta Guastavino, con prólogo de A. Calsamiglia: *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984. NT]). Sin embargo, sus ideas ahí expresadas no van bien con el impulso principal de su ensayo "Hard Cases" (incluido en el libro. Existe versión española de este artículo,

esto es, sin duda, correcto. La palabra 'norma'^b se aplica a reglas de conducta que no pertenecen a sistemas jurídicos. Si la filosofía del derecho fuera el estudio del significado de la palabra 'norma' entonces no incluiría a la teoría de los sistemas jurídicos como una de sus partes importantes. Sin embargo, la filosofía jurídica no es, ni nunca ha sido concebida por sus principales exponentes, una búsqueda del significado de ésta o de cualquier otra palabra.³ Es el estudio de una específica forma de organización social. Esa organización social proporciona uno de los contextos importantes en los cuales 'norma' es usada y es particularmente asociada con el uso de 'jurídico' y 'jurídicamente'. Este estudio de la organización social y de su estructura normativa es lo que constituye el objeto de este libro, no el significado de alguna palabra.

1. Fuentes

De las cuatro principales cuestiones que pertenecen a una teoría de los sistemas jurídicos, el libro se concentra en dos: La identidad de los sistemas jurídicos y su estructura. La cuestión de si existe algún contenido necesario al derecho no fue discutido en absoluto.⁴ El problema de existencia fue analizado de forma fundamentalmente crítica. Comúnmente se sostiene que un sistema jurídico no está en vigor al menos que sea eficaz en cierto grado. Kelsen señala que la eficacia depende no únicamente de la conformidad al derecho por parte de la población en general, sino, también, en el hecho de que los tribunales y otras agencias aplicadoras del derecho apliquen sanciones a los infractores. Hart ha mostrado que para ser eficaz, la conformidad no es suficiente; es también necesaria la aceptación del derecho, al menos por parte de los funcionarios. En el último capítulo (*i. e.* al capítulo IX) analicé varias de las conclusiones de

debida a Javier Esquivel Pérez: *Casos difíciles*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1981 [Cuadernos de *Crítica* 14] NT), donde identifica el derecho con la moral institucional de los tribunales y lo considera diferente tanto de lo que Dworkin llama moral del 'trasfondo', así como de las morales institucionales de otras instituciones.

^b En el original aparece 'law'. Aquí nos alejamos de nuestra convención (*Cfr. supra*, nota b de la *Introducción*) NT.

³ Sobre el enfoque lingüístico en la filosofía jurídica, véase el capítulo III: *Legal Positivism and The Sources of Law* de mi libro: *The Authority of Law, Essays on Law and Morality cit.*, pp. 37-52. (*Cfr.* El positivismo jurídico y las fuentes del derecho en *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral, cit.*, pp. 55-73. NT) mi artículo "The Problem about the Nature of Law" (por aparecer).

⁴ He tratado de decir algo al respecto en mi libro: *Practical Reason and Norms*, Londres, Hutchinson, 1975, pp. 149-154.

nuestro entendimiento de la eficacia y señalé varias diferenciaciones de énfasis necesarias. Hasta ahí parece mantenerse la cuestión hasta el momento. Más refinadas herramientas provenientes de la sociología teórica habrán de ser empleadas para hacer algún progreso significativo en este frente. Esta dependencia en la sociología teórica no es accidental. Los sistemas jurídicos no son organizaciones sociales 'autárquicas'; son un aspecto o una dimensión de algún sistema político. Este hecho atañe a la delimitación temporal de los sistemas jurídicos continuos. En el capítulo VIII critiqué a los teóricos del derecho como Austin, Kelsen y Hart que buscaron proporcionar criterios jurídicos autónomos para la definición de la continuidad del derecho.⁵ Los criterios jurídicos autónomos son aquellos que se derivan del contenido de las disposiciones jurídicas, de sus interrelaciones y de su eficacia. Confiar en ellos presupone que no sólo el funcionamiento interno, sino, también, los límites precisos del derecho pueden ser fijados sólo sobre la base de consideraciones específicamente jurídicas. Sin embargo, el derecho es un aspecto de un sistema político, ya sea un estado, una iglesia, una tribu nómada o cualquier otro; tanto su existencia como su identidad se encuentran vinculados con la existencia o identidad del sistema político del cual es parte. Si el libro yerra es por no haber enfatizado este punto suficientemente. Se sostiene que la identidad de un sistema jurídico en el tiempo depende de la continuidad del sistema político del cual el derecho es parte, pero intenta una definición autónoma de los límites de un sistema jurídico momentáneo. Aunque es verdad que los criterios autónomos recorren un largo camino hacia la identificación de los límites de un sistema jurídico momentáneo, en última instancia dejan ciertos márgenes de duda. Un sistema jurídico momentáneo consiste únicamente de las reglas que un cierto sistema de tribunales está obligado a aplicar, de conformidad con sus propias costumbres y prácticas.⁶ Esto deja la noción de sistema de tribunales sin

⁵ Para una crítica similar a Hart, véase Finnis John M. "Revolution and continuity in the Law" en Simpson, A. W. B. (Ed), *Oxford Essays in Jurisprudence. (Second Series)*, cit., pp. 44-76. Véase también los capítulos V: *The Identity of Legal Systems* y VII: *Kelsen's Theory of the Basic Norm* de mi libro: *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, cit., pp. 78-102 y 122-145. (*La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, cit., pp. 105-134 y 157-186. NT).

⁶ Estoy siguiendo la definición de mi libro *Practical Reason and Norms* (cit., pp. 132-148) en vez de la que ofrecí en el capítulo VIII de este libro, ya que esta última se basa en el uso de sanciones coactivas y mal interpreta el papel de la coacción en el derecho (Cfr. Oberdick, H. "The Role of Sanctions and Coercion in Understanding Law and Legal Systems" en *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 21, núm. 71, 1976 y mi *Practical Reason and Norms*, cit., pp. 154-162).

explicar.⁷ Los tribunales pueden ser considerados como perteneciendo al mismo sistema, si su práctica consiste en reconocer reglas sobre la base del mismo criterio de validez (*i. e.* si practican las mismas reglas de reconocimiento). Este criterio deja un límite muy abierto.⁸ Es posible decir que no hay nada malo en esto y que la noción de 'sistema jurídico' es, justamente, vaga e imprecisa a lo largo de este límite. Por otro lado, puede ser de buen sentido recurrir aquí, nuevamente, al carácter del sistema político del cual este sistema jurídico es parte y distinguir entre aquellos tribunales que son órganos de tal sistema político y aquellos que no lo son. Esto generará una definición más precisa de sistema jurídico momentáneo, pero su principal ventaja es subrayar el hecho de que el derecho es un elemento en la organización política de una sociedad. Puede y debe ser tratado como un sistema autónomo para muchos propósitos, pero, en última instancia, sus límites dependen de la naturaleza y límites de un sistema político más amplio del cual es parte.

Habiendo enfatizado la insuficiencia de las consideraciones jurídicas autónomas para proveer una doctrina de la identidad de los sistemas jurídicos, uno debe ser muy cauto en cuanto al error contrario. Es muy fácil subestimar la importancia de estas consideraciones autónomas las cuales contribuyen efectivamente a la doctrina de la identidad. Son parte de la esencia del derecho, parte de aquellas cualidades que están presentes en todos los sistemas jurídicos y en virtud de las cuales son sistemas jurídicos. Se encuentran, también, entre los rasgos que explican el papel especial que tiene el derecho en el sistema político.⁹

Un sistema jurídico puede ser concebido como un sistema de razones para la acción. La cuestión de su identidad es la cuestión de qué razones son razones jurídicas, o dicho más precisamente: qué razones son razones jurídicas de un mismo sistema jurídico. He mencionado anteriormente dos rasgos que son necesarios para hacer de una razón una razón jurí-

⁷ El concepto de tribunal puede ser explicado por criterios autónomos *Cfr.* el capítulo VI: *The Institutional Nature of Law* de mi libro *The Authority of Law. Essays on Law and Morality, cit.*, pp. 103-121. (*Cfr. La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral, cit.*, pp. 135-155); y mi artículo *The Problem about the Nature of Law*.

⁸ Además, tiene que ser refinado para permitir el diferente *status* de aquellas reglas aplicadas en virtud de que el sistema jurídico es un sistema abierto. (*Cfr.* los capítulos: V: *The Identity of Legal systems* y VI: *The Institutional Nature of Law* de mi libro: *The Authority of Law. Essays on Law and Morality, cit.*, pp. 78-102 y 103-121. (*Cfr. La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral, cit.*, pp. 105-134 y 135-155. NT).

⁹ El contenido necesario del derecho, *i. e.* el que sea abierto, comprensivo y supremo es, por supuesto, también capital para entender su papel en el sistema político.

dica. (1) Son razones aplicadas y reconocidas por un sistema de tribunales. (2) Estos tribunales están obligados a aplicarlas de conformidad con sus propias prácticas y costumbres. Estos rasgos dan cuenta del carácter institucional del derecho: el derecho es un sistema de razones reconocidas y aplicadas por instituciones jurídicas aplicadoras *autoritativas*. Estos rasgos proporcionan la piedra angular de la doctrina de Hart de la identidad del derecho, expresada en su doctrina de la regla de reconocimiento.¹⁰

A estas condiciones tiene que ser agregada otra: las razones jurídicas son tales que su existencia y contenido puede ser establecida únicamente sobre la base de hechos sociales, sin recurrir a argumentos morales. He denominado a esta condición: 'la Tesis de las Fuentes'.

Es tentador considerar esta tesis como marcando la diferencia entre los protagonistas notables del positivismo jurídico,^c que la aceptan, y los iusnaturalistas, que la rechazan. Pero, aunque la tesis tiene, sin duda, una fuerte conexión con esta división histórica, no puede reclamarse como la propiedad exclusiva de alguna escuela.¹¹

La motivación para respaldar la tesis de las fuentes puede ser explicada mejor mediante una forma más bien metafórica de lenguaje: las otras condiciones que fueron brevemente establecidas anteriormente explican que las razones jurídicas establecen la pretensión de ser autoritativamente obligatorias sobre los miembros de una sociedad. En el debate sobre cómo deben comportarse los miembros de una sociedad uno puede distinguir entre el nivel deliberativo y el ejecutivo. En el primero se evalúa el mérito relativo de los cursos de acción alternativos. En el segundo, en el ejecutivo, tal evaluación es excluida. La cuestión de qué hacer aún se plantea, pero como problema ejecutivo. Habiendo decidido en el estadio deliberativo qué hacer en ciertas circunstancias, las únicas cuestiones que quedan es una de memoria (¿qué acción fue decidida y en qué circunstancias?) y de identificación (¿es ésta una acción del tipo específico y

¹⁰ Cfr. el capítulo VI: *The Foundation of a Legal System* en *The Concept of Law*, cit., pp. 97-120. (Cfr. *El concepto de derecho*, cit., pp. 125-153. NT).

^c Cfr. Raz, Joseph *The Authority of Law*, cit., pp. 45-52, (cfr. *Id.*, *La autoridad del derecho*, cit., pp. 65-73. NT).

¹¹ Parece compatible con los escritos de prominentes iusnaturalistas tales como Lon Fuller (Cfr. *The Morality of Law*, New Haven, Conn. Yale University Press [1964] 1976), John M. Finnis (Cfr. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Oxford University Press 1980). El grado en que esto es aceptado por Hart ha sido recientemente cuestionado por E. P. Soper en su artículo "Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute" (*Michigan Law Review*, Vol., 75, Núm. 3, enero 1977, pp. 473-519) y por D. Lyons en su artículo "Principles Positivism and Legal Theory -Dworkin, *Taking Rights Seriously*" (*Yale Law Journal*, Vol., 87, núm. 2, diciembre 1977, pp. 415-435).

son éstas las circunstancias especificadas?), así como un elemento residual de opción que es dejado como indiferente en la conclusión del estadio deliberativo. (Esta opción residual se mantiene puesto que las deliberaciones terminan siempre con una conclusión enmarcada en términos generales: realizar una acción de cierto tipo en circunstancias de cierta naturaleza. Invariablemente hay más de un medio para cumplir con estas instrucciones. Por qué medio es producida la conformidad, es indiferente desde el punto de vista de esta instrucción).¹²

Naturalmente, cuestiones de identificación pueden convertirse en cuestiones morales como cuando la cuestión es cuál es la acción más justa. Claramente, cuando ésta es la naturaleza de la cuestión, ésta pertenece, por definición, al estadio deliberativo. Únicamente cuando la identificación de la acción requerida no depende de argumentos morales pertenece al estadio ejecutivo. No se sostiene que todas las sociedades necesariamente separen estos dos estadios. Lo único que se afirma es que la distinción es coherente, que se encuentra en algunas sociedades y que su existencia es una condición necesaria para la existencia del derecho. El derecho existe, de acuerdo con la tesis de las fuentes, únicamente en sociedades en las cuales existen instituciones judiciales que reconocen la distinción entre los estadios deliberativo y ejecutivo, esto es, se ven obligadas a reconocer y a aplicar ciertas razones no en virtud de que ellas las hubieran aprobado, si se le hubiera confiado la cuestión en el estadio deliberativo, sino porque consideran su validez como autoritativamente establecida por costumbre, legislación, decisiones judiciales previas, de forma que la cuestión planteada en el litigio de que conocen los tribunales, es tenida como estando en estadio ejecutivo. Cuando esto es el caso, los tribunales no manejan argumentos morales sobre lo deseable de considerar cierto hecho (*e. g.* una legislación anterior) como una razón para una acción, sino una vez que la existencia del hecho relevante ha sido establecida a través de argumentos moralmente neutrales, la tendrán como una razón que están obligados a aplicar. Únicamente razones que obligan a los tribunales de esta manera, *i. e.* únicamente razones 'ejecutivas', razones cuya existencia puede ser establecida sin invocar argumentos morales, son razones jurídicas. La tesis de las fuentes asigna al derecho al estadio ejecutivo de la toma de decisiones.

¹² Kelsen es el único filósofo prominente del derecho que ha subrayado esta cuestión. (Cfr. *The Pure Theory of Law*, cit., p. 349. [*Reine Rechtslehre*, cit., pp. 346-347; *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 349-350. NT] Para un punto de vista similar relacionado con la intención en general, véase: Davidson, D. "Intending" (en Yovel, y (Ed), *Philosophy of History and Action*, Dordrecht, 1978).

Varias aclaraciones son necesarias para ayudar a delinear el contorno de la tesis de las fuentes. Primeramente, se hizo referencia ocasionalmente a razones válidas u obligatorias. Debe aclararse, sin embargo, que la tesis, por sí misma, no implica ninguna pretensión de que alguna razón sea, de hecho, una buena razón o una razón obligatoria. Presupone que las consideraciones obligatorias como quiera que puedan ser, pueden dividirse en aquellas apropiadas para el estadio deliberativo y aquellas adecuadas para el estadio ejecutivo y que el proceso que conduce a la acción pasa, algunas veces, a través de ambos estadios. La tesis misma afirma que las razones jurídicas son razones de tipo 'ejecutivo' tenidas por válidas por los tribunales. No respalda el punto de vista de los tribunales.

Segundo, no se afirma que todas las consideraciones que los tribunales reconocen y aplican sean hechos identificables sin recurrir a argumentos morales. La única afirmación es que de las consideraciones que los tribunales legítimamente reconocen, únicamente aquellas que se conforman a las condiciones anteriores son consideraciones jurídicas. Los tribunales también actúan y están facultados para actuar en virtud de consideraciones extra jurídicas.¹³

Tercero, la tesis identifica las razones jurídicas a través de los ojos de los tribunales, *i. e.* como razones 'ejecutivas' que los tribunales se ven obligados a reconocer. Sin embargo, no es parte de la tesis de que todas las razones jurídicas sean dirigidas a los tribunales, de que todas las razones jurídicas sean razones para la acción de los tribunales. Este es, por supuesto, el punto de vista de Kelsen; pero la mejor postura es que las razones jurídicas se dirigen a todo tipo de agentes, aunque todas ellas tienen en común que los tribunales están obligados a reconocerlas y a derivar conclusiones apropiadas sobre la conformidad o no conformidad a ellas.

Cuarto. Algunas veces los tribunales son instruidos por el derecho para reconocer la validez de una cierta razón únicamente si éste no es injusto o moralmente indeseable hacerlo. En ocasiones, tales instrucciones dan, como resultado, unas situaciones por las cuales un contrato, por ejemplo, es jurídicamente válido si es moralmente inobjetable. En tal caso, la validez de los contratos individuales no se basa únicamente en

¹³ Es también posible que a algunos tribunales se les otorgue una limitada facultad para revisar las consideraciones jurídicas sobre la base a algunas consideraciones extrajurídicas. (Cfr. los capítulos VI: *The Institutional Nature of Law* y x: *Law and Value in Adjudication* de mi libro: *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, *cit.*, pp. 103-121 y 180-209. (Cfr. *La autoridad del derecho, Ensayos sobre derecho y moral*, *cit.*, pp. 135-155 y 227-261. NT).

'hechos sociales'. Para determinar la validez de un contrato particular uno tiene que recurrir al argumento moral. Únicamente cuando la validez de un contrato ha sido declarada en el tribunal puede ser establecida de conformidad con la tesis de las fuentes, *i. e.* por referencia a la decisión del tribunal. Por tanto, la tesis de las fuentes dicta que antes de tal decisión del tribunal de ningún contrato puede decirse que es jurídicamente válido de manera concluyente. Por supuesto, estos contratos son jurídicamente válidos *prima facie*, siempre que se conformen a otros criterios de validez requeridos por el derecho.

El argumento de la tesis es finalidad, no certeza o predicción. El punto frecuentemente es erróneamente considerado por los teóricos que aprueban la tesis de las fuentes. Al tratar la importancia de la certeza y predicción en el derecho y las decisiones jurídicas, asumen que las disposiciones jurídicas basadas en fuentes son más ciertas que las consideraciones morales y así como de las decisiones judiciales basadas sobre consideraciones morales. Consecuentemente, afirman, el derecho se basa en fuentes. Tales argumentos son completamente defectuosos. Es una cuestión discutible si las consideraciones morales (del tipo que pudieran ser relevantes para las decisiones jurídicas) son más o menos ciertas como las cuestiones sobre hechos sociales. Siendo que, como puede ser el caso, es claro que las cuestiones de hechos sociales pueden ser complicadas y sujetas a muchas incertidumbres. El punto importante, sin embargo, es que, cuando mucho, el argumento en cuanto a cuál *debe ser* la importancia relativa de las consideraciones jurídicas y extrajurídicas en las decisiones judiciales. Sin embargo, la tesis de las fuentes no es una tesis sobre lo que debe ser el caso; es un elemento en el análisis del concepto del derecho.

Finalmente, es una función de la división del trabajo entre estadios formales e informales de reflexión y liberación y estadios formales e informales de aplicación. Aún en la vida de una persona la deliberación es frecuentemente seguida por una decisión que puede anticipar la acción por un considerable periodo de tiempo y el cual fija la intención que, de esta manera, deviene relativamente inmune a la revisión. En cuanto a la acción social se refiere, la necesidad de fijar la decisión con anticipación a la acción, la necesidad de decidir autoritativamente lo que tiene que ser hecho de forma que obligue a los miembros de la comunidad de manera que no se les permita diferir entre sí en virtud de un indeseado sobre lo que es mejor —tal necesidad por la finalidad deviene insuperable.

Los anteriores comentarios son hechos para esclarecer y definir mejor la tesis de las fuentes. No contienen ningún argumento directo para aceptar la tesis. El argumento directo es breve y simple. La concepción común del derecho, prevaleciente en nuestra sociedad, es consistente con la tesis de las fuentes. Más aún, la tesis de las fuentes explica muchas creencias fundamentales sobre el derecho, comunes en nuestra sociedad, tales como la idea de que el derecho es algunas veces cierto, algunas veces incierto, que los tribunales algunas veces aplican derecho preexistente y, algunas otras, crean nuevo derecho, etcétera. Dado que la distinción entre los dos tipos de razones indicadas por la tesis de las fuentes es importante para la vida y funcionamiento de una sociedad y que se encuentra enclavada en nuestra concepción común del derecho, tenemos toda la razón, que uno puede tener, para aceptarla como un ingrediente esencial en nuestro concepto del derecho.

2. Individuación en general

Es poco lo que desearía agregar a los detalles del análisis de la doctrina de la individuación tal y como está presentada en este libro. Sin embargo, podría ser útil decir algo más acerca de la naturaleza general de la doctrina que elabora y, de alguna manera, modifica el enfoque general adoptado en el libro y defender en el siguiente inciso una de sus tesis principales, a saber: que las reglas que confieren facultades son un tipo separado de reglas jurídicas y son normas.

Es mejor abordar la cuestión de la individuación a través del examen de los enunciados jurídicos. Todos los enunciados jurídicos (directos) pueden ser expresados por enunciados que tienen la forma 'jurídicamente *p*' o '*Jp*', donde '*p*' es una variable oracional,¹⁴ una clase especial de enunciados jurídicos es normalmente expresada por enunciados de la forma: 'hay una disposición jurídica de que *p*' o 'la regla (jurídica)... determina que...' El análisis de esta clase de enunciados jurídicos es el objeto de la doctrina de la individuación. Este punto es desarrollado con admirable claridad por Honoré:

Los abogados hablan libremente sobre reglas del derecho en particular y, algunas veces las nombran, por ejemplo: la 'regla contra perpetui-

¹⁴ Sobre los enunciados jurídicos en general, *Cfr. supra*: inciso 1 (*in fine*), capítulo III y mi artículo "The Problem about the Nature of Law", Los enunciados jurídicos 'indirectos' son mejor considerados como enunciados sobre el derecho. Únicamente los enunciados jurídicos directos serán considerados como enunciados jurídicos.

dades' o la 'reglas en *Rylands vs. Fletcher*'. Esto sugiere que hay un uso profesional del término 'Regla' o 'disposición jurídica'^d en las cuales las disposiciones o reglas jurídicas son individuadas. Pero este uso de 'regla' o 'disposición jurídica' no identifica una disposición jurídica' no identifica una disposición jurídica con una sección de una ley o con los argumentos de un juez cuando decide un caso. El consejero jurídico, abogado o escritor que establecen la 'regla *Rylands vs. Fletcher*' no la copian exactamente del caso *Rylands vs. Fletcher*. Éste toma en cuenta las decisiones subsecuentes, la formulación tradicional en los libros de texto y en la tradición general o profesional para agregar o substraer algo de la cruda regla. Verdaderamente, puede ir más lejos y extraer de la materia prima de una disposición jurídica lo que está implícito en ella pero que no ha sido enunciado, por ejemplo, que existe un interés en bienes de cierto tipo.¹⁵

El papel del filósofo es proporcionar una explicación sistemática del significado de esta clase de enunciados jurídicos, 'jurídicamente me debes cinco libras' o 'de acuerdo con el derecho tú debes desalojar el inmueble al final del mes' pueden ser verdaderos mientras 'existe una disposición jurídica de que tú me debes cinco libras', 'existe una disposición jurídica de que tú debes desalojar el inmueble', son falsas. Las obligaciones respectivas pueden simplemente surgir por contratos y no en virtud de ninguna disposición jurídica sola.

Los enunciados jurídicos verdaderos son puros, aplicados, o de ambos. Los enunciados jurídicos puros son aquellos en que la existencia o no existencia de disposiciones jurídicas es suficiente para establecer su verdad, mientras que los enunciados jurídicos aplicados poseen otros hechos entre las condiciones suficientes para establecer su verdad. 'Los contratos son celebrados por un ofrecimiento y una aceptación', 'los contratos ilícitos no son exigibles', 'los contratos que limitan el comercio son ilícitos', 'los contratos son rescindibles por imposibilidad de incumplimiento', todos son enunciados jurídicos puros de derecho inglés. Son enunciados del derecho inglés de los contratos. 'Yo debo dos meses de renta a mi propietario',

^d Nosotros, la tradición civilista, usamos '*rule of law*', como 'norma'. NT.

¹⁵ Honoré, A. M. "Real Laws" en Hacker, P. M. S. y Raz Joseph *Law Morality and Society. Essays y Honor of H. L. A. Hart*, Oxford University Press, 1977, pp. 100-101. Honoré acusa a algunos autores, incluyendome a mí, de "caza infructuosa" (*wild gosse chase*). Esto parece basarse sobre una errónea atribución de 'una extraña forma de metafísica analítica' muy misteriosa para mí como para entender su naturaleza. Tanto como puedo ver, todos aquellos a quienes critica se encuentran esencialmente enfrascados en la misma empresa que él. La diferencia principal entre los distintos autores sobre el problema ha consistido en las diferentes soluciones dadas a éste. Con esto no quiero negar que la concepción de algunos filósofos sobre la naturaleza del problema sea confusa.

'debo entregar el refrigerador a John al final de la semana', son, si son completamente verdaderos, enunciados jurídicos aplicados. Su verdad presumiblemente depende de la existencia de disposiciones jurídicas aplicadas, pero, también, de otros hechos, *e. g.* de que ciertas transacciones hayan tenido lugar o que ciertos acontecimientos que no crean derecho hayan ocurrido. Un enunciado es al mismo tiempo puro y aplicado si dos conjuntos de condiciones se satisfacen y cualquiera de ellos es suficiente (independientes el uno del otro) para establecer su verdad, uno de los conjuntos consiste en la existencia o no existencia de disposiciones jurídicas únicamente; el otro, conteniendo tanto la existencia o no existencia de disposiciones jurídicas así como otros hechos.¹⁶

La mayoría de los enunciados jurídicos son lógicamente capaces de ser tanto puros como aplicados, *i. e.* hay estados de cosas lógicamente posibles los cuales, si se producen, los enunciados jurídicos respectivos son tanto puros como aplicados. Algunos enunciados jurídicos, sin embargo son lógicamente puros. Estos son los que, si son verdaderos, son puros, los que no pueden ser hechos verdaderos por 'hechos aplicativos'. (Hay también enunciados lógicamente aplicados, pero no nos ocuparemos de ellos).

Enunciados del tipo 'existe una disposición jurídica de que *p*' son lógicamente puros. Si son verdaderos, son puros. No pueden ser enunciados aplicados. No pueden ser hechos verdaderos mediante hechos sobre las transacciones jurídicas o mediante otros hechos con excepción de aquellos que crean o derogan disposiciones jurídicas. Son verdaderos en virtud de la existencia o no existencia de disposiciones jurídicas, má allá de ésto no son verdaderos.

Se podría pensar que 'hay una disposición jurídica de que *p*', es la forma característica de todos los enunciados jurídicos lógicamente puros, así como 'jurídicamente *p*' es la forma característica de todos los enunciados jurídicos. Sin embargo, esto es un error. Muchos enunciados jurídicos lógicamente puros no pueden expresarse por el uso del operador 'hay una disposición jurídica...'. Considérese el enunciado 'las mujeres mayores de 45 pagarán impuesto sobre la renta'. Este es un enunciado puro del derecho inglés; es verdadero, y es verdadero en virtud únicamente del derecho. Las disposiciones jurídicas sobre la renta determinan que ser sujeto generador del impuesto sobre la renta es independiente del sexo o de la edad. De esta manera, las mujeres mayores de 45 años, al igual que cualquier otro, deben pagar impuesto sobre la renta. Hay, por supuesto, un enunciado lógicamente puro que establece que las mujeres mayores de 45

¹⁶ *Cfr. supra*: inciso 3, capítulo III.

años deben pagar impuesto sobre la renta y que ésto es resultado solo del derecho y no se debe a ningún hecho aplicativo. Pero estos enunciados lógicamente puros comunmente se expresan por oraciones como: (1) 'en virtud del derecho las mujeres mayores de 45 años deben pagar impuesto'. El enunciado de que (2) 'hay una disposición jurídica de que las mujeres mayores de 45 años deben pagar impuesto', lejos de ser sinónimo de (1) es, de hecho falso, mientras que (1) es verdadero. Que las mujeres mayores de 45 años deban pagar es resultado de una prescripción general de las disposiciones jurídicas sobre la renta. No existe, realmente, ninguna disposición especial sobre su situación.

La lección de este ejemplo es que los enunciados del tipo 'hay una disposición jurídica que *p*' son una subclase de los enunciados jurídicos lógicamente puros. Son enunciados que describen cada uno una disposición jurídica completa o (dado que una descripción completa de una disposición jurídica con todos sus detalles es raro) el núcleo de una disposición jurídica completa. Hemos identificado, así las características fundamentales del operador 'hay una disposición de que...'. Los enunciados normalmente hechos mediante su uso (1) son enunciados jurídicos lógicamente puros (2) describen una disposición jurídica completa o el núcleo de una disposición jurídica completa. Voy a llamar al operador 'el operador de individuación'.

Los enunciados que normalmente solemos hacer pueden ser analizados como significando 'jurídicamente, existe una regla que *p*'. Esto muestra que son una simple subclase de enunciados jurídicos ordinarios. Ellos también exhiben la forma '*Jp*'.

Algunos autores de filosofía jurídica, Holmes, Llewellyn y Hohfeld, entre otros, estaban interesados en las propiedades generales de los enunciados jurídicos y no pusieron ninguna atención especial en las propiedades particulares de los enunciados jurídicos puros o a los de operador de individuación. Otros, incluyendo a Bentham, Austin, Kelsen, Hart y Dworkin, pusieron especial atención en los rasgos de los enunciados jurídicos que dan cuenta de las propiedades del operador de individuación.

¿Cuál es la importancia del operador de individuación? ¿Qué es lo que pasan por alto aquellos que omiten su examen? la respuesta consiste de dos partes, las cuales corresponden a dos elementos de la explicación del operador de individuación. Primeramente. ¿Qué de valioso puede aprenderse de la distinción entre enunciados lógicamente puros y los otros enunciados? La distinción fue introducida como aquella entre enunciados que sólo son verdaderos en virtud del derecho únicamente y otros cuya verdad puede depender, también, de la existencia o no existencia de hechos

aplicativos. Las disposiciones jurídicas, como se argumentará en el siguiente inciso, existen en virtud de ciertos hechos sociales únicamente. Los enunciados jurídicamente puros son, por tanto, enunciados cuyas condiciones de verdad consisten únicamente en hechos creadores del derecho (estos son considerados como incluyendo los hechos por los cuales se derogan o se enmiendan las disposiciones jurídicas). Los otros enunciados jurídicos incluyen hechos aplicativos entre sus condiciones de verdad. La distinción entre enunciados lógicamente puros y otros enunciados jurídicos es importante porque refleja la distinción entre hechos creadores del derecho y hechos aplicadores del derecho, la cual es, por sí misma, el fundamento de nuestro entendimiento del derecho.

Profundamente incrustada en nuestra concepción del derecho es la imagen de los derechos y deberes de las personas, su *status* y sus responsabilidades, etcétera. En suma, su situación jurídica siendo determinada directamente por el derecho o indirectamente por la manera como el derecho determina las implicaciones jurídicas de varios actos en el derecho (*i. e.* actos que ejercitan facultades jurídicas tales como la celebración de contratos o los efectos de la compraventa o del matrimonio) o de otros acontecimientos (tales como la muerte de una persona). Frecuentemente, los legos imaginan que la diferencia reside en la generalidad. Las disposiciones jurídicas son generales y los hechos creadores del derecho afectan la fortuna de clases abiertas de personas, mientras otras transacciones y acontecimientos que tienen efectos jurídicos afectan únicamente las fortunas de individuos identificables. Pero, como todo jurista sabe, esto está muy lejos de la verdad. 'Las normas individuales' legisladas por parlamentos, pero aplicadas únicamente a la acción de una persona individual o a una ocasión concreta, aunque son más bien raras no son imposibles. La compraventa y otras transacciones que afectan los derechos *in rem* cambian la situación jurídica de clases abiertas de personas sin que se califiquen como 'creadoras del derecho'. Más aún, los contratos y las normas y estatutos de por sí mismas, disposiciones jurídicas.

La distinción entre hechos creadores del derecho y hechos aplicadores asociaciones privadas son, con frecuencia jurídicamente exigibles sin ser, del derecho depende no de la generalidad del primero sino de que es o una costumbre, o bien, actos del gobierno en el poder o de sus órganos. Este aventurado enunciado está excesivamente simplificado. Los gobiernos pueden celebrar contratos, emitir órdenes administrativas o judiciales, así como realizar acciones físicas que no crean ninguna norma. Los actos creadores de derecho son una subclase de los actos gubernamentales. Son

actos creadores de normas de la autoridad gubernamental suprema regular y actos creadores de reglas generales de otros órganos gubernamentales.

El legislador regular supremo no necesita ser la fuente de las disposiciones superiores del sistema jurídico por alguna de dos razones: primera, el derecho superior puede ser derecho consuetudinario. La autoridad del legislador supremo puede estar subordinada a la del derecho consuetudinario. En segundo lugar, la autoridad legislativa suprema puede ser un cuerpo constitucional que actúa con poca frecuencia. En un país así (*e. g.* Estados Unidos) el legislador regular supremo no es un legislador supremo, sus poderes se encuentran sometidos a la autoridad constitucional.

(Algunas autoridades religiosas pueden ejercer un poder supremo similar de forma poco frecuente).

La concepción de los hechos creadores del derecho que defiende tiene tres miembros. Si un acto es jurídicamente significativo y los tribunales están obligados a reconocerlo como válido, *i. e.* como teniendo sus efectos queridos, entonces los actos creadores del derecho son (1) todos los actos jurídicamente significativos del supremo legislador regular; (2) todos aquellos actos de los órganos gubernamentales que se proponen legislar reglas generales; (3) aquellas costumbres sociales que son jurídicamente significativas. Esta es una concepción política del derecho toda vez que descansa no en una distinción jurídica técnica o formal, sino en el papel político de las instituciones y normas respectivas. Su carácter político explica porqué algunos teóricos del derecho fueron indiferentes a su existencia. Muchos teóricos del derecho son juristas por entrenamiento y actitud mental. Su interés teórico reside en el esclarecimiento de conceptos y técnicas que juegan un papel en el trabajo de un abogado o de un juez. Desde el punto de vista del abogado práctico la distinción entre hechos aplicadores del derecho y hechos creadores del derecho es de menor importancia. En varios sistemas jurídicos hay regulaciones que dependen de ésta o de distinciones similares, tales como las diferencias en la manera de establecer la existencia de disposiciones jurídicas y de otros hechos. Diferentes reglas de formación pueden aplicarse a los instrumentos legislativos o a los documentos privados, etcétera. Pero estas son diferencias relativamente menores y locales.

Los filósofos del derecho que hicieron mucho por las distinciones entre los actos aplicadores del derecho y los actos creadores del derecho son, lo que no es sorprendente, aquellos que surgen por arriba del estrecho horizonte del abogado práctico y sus preocupaciones. Ellos se interesan en colocar al derecho y a las instituciones jurídicas en el más amplio contexto

de la vida social y política de una sociedad. Aquí la distinción llega por sí misma. Los actos creadores del derecho se encuentran entre los eventos políticos de la vida de la sociedad y están atrapados en la vida *política* de la sociedad en una forma que difiere, de manera significativa, de los otros acontecimientos.

Es tiempo de recapitular. Un enunciado de la forma 'hay una disposición jurídica que p ' es verdadero si, y sólo si, el enunciado correspondiente Jp :

- (1) es verdadero;
- (2) su verdad es establecida por hechos creadores del derecho únicamente (*i. e.* Jp es un enunciado lógicamente puro);
- (3) representa el contenido (el núcleo de) una disposición jurídica completa.

Las anteriores observaciones explican la importancia de tales enunciados para nuestra concepción del derecho al explicar el papel de la distinción entre hechos creadores del derecho y otros hechos jurídicamente significativos. ¿Cuál es el papel del tercer elemento en la explicación? Esto no es una cuestión de justificar su inclusión. La justificación es a través del argumento lingüístico proporcionado anteriormente.¹⁷ La cuestión es sobre el papel de ese miembro de la explicación: hacer tales enunciados útiles en el discurso jurídico. Aquí la explicación es simple: una disposición jurídica independiente es una unidad de contenido. Contiene algún material jurídico suficientemente independiente del resto y de interés suficiente para merecer individualizarse como una unidad separada—una regla o una disposición— y, sin embargo, suficientemente simple como para considerarla una sola unidad, una sola regla. La utilidad de tener un procedimiento estándar para referirse a tales unidades de contenido es autoevidente.

El trabajo del filósofo del derecho es articular las convenciones que gobiernan el uso de tales enunciados y presentar una explicación sistemática de ellos. Esta es la tarea de la doctrina de la individuación. Los argumentos que acabo de mencionar como guía del uso del operador de individuación son la fuente de los requerimientos que determinan el éxito de cualquier doctrina de la individuación tal y como se explica en el inciso 3 del capítulo VI.

El uso de operador de individuación es frecuentemente *ad hoc*. Toda uni-

¹⁷ *Cfr. supra*: inciso 2, de este capítulo.

dad de contenido de que satisfaga, *grosso modo*, las condiciones de relativa independencia, simplicidad e interés, puede, propiamente, ser tomada y designada como regla o disposición jurídica para algún propósito transitorio. Si el uso del operador hubiera sido siempre *ad hoc* de esta manera, no hubiera habido nada más que decir sobre la doctrina de la individuación. Su uso, sin embargo, no es normalmente *ad hoc*. Esto se ilustra de dos maneras. Primero, muchas unidades jurídicas son cristalizadas en forma estables de manera que una y la misma unidad es normalmente referida como una regla en muchas y diversas ocasiones. Segundo, aun cuando el contenido efectivo de la unidad referida como regla no es aquella que es cristalizada en una regla aceptada, es normalmente labrada en patrones reconocibles de conformidad con principios reconocibles. En su artículo "Real Laws", Honoré proporciona muchos de estos ejemplos. Permítaseme mencionar sólo dos o tres: enunciados de responsabilidad civil o penal ('cualquiera que... sea responsable...'; 'cualquiera que... sea culpable de un delito'); enunciados de autorización ('...puede...') y enunciados de condiciones para realizar un cambio jurídico (*e. g.* 'ningún testamento que afecte la totalidad del patrimonio podrá ser válido excepto por...') son frecuentemente empleadas en reglas que individuán, *i. e.* que aplican el operador de individuación. Es la existencia de tales convenciones (satisfaciendo todas ellas los requerimientos básicos) que la doctrina de la individuación articula. Ellas proporcionan los fundamentos para la explicación filosófica tradicional de tipos de disposiciones jurídicas. La tipología de disposiciones jurídicas refleja las convenciones lingüísticas que gobiernan el uso del operador de individuación e iluminan nuestra concepción de la estructura del derecho. El derecho no es pensado como un montón de trebejos, sino como una estructura razonablemente bien organizada de diferentes tipos de unidades interrelacionadas en varias formas estándares correctas. Esto son los productos de las convenciones y su estudio sistemático es todo lo que constituye la doctrina de la individuación.¹⁸

¹⁸ Sólo el más ingenuo de los lectores pensaría que el propósito de una doctrina de la individuación es permitir a uno contar cuántas reglas hay. Cuestiones sobre individuación surgen cuando uno puede emplear nombres de clases (*count nouns*) 'una...' como 'una disposición jurídica' 'una intención', 'una idea'. Estas traen con ellas otras formas de expresión tales como cuantificación, identidad y diferencia: 'hay una disposición jurídica...', 'hay una idea...', etcétera; 'ésta es la misma disposición jurídica', 'ésta es una regla diferente', 'tengo la misma idea', no, mi intención era diferente', 'tenía otra intención también', etcétera. Las doctrinas de individuación estudian el uso de tales expresiones y las estructuras que originan ¿Tiene sentido en estos casos contar cuántas intenciones tuvo usted ayer?

3. Reglas que confieren facultades

Cinco tesis fundamentales constituyen las principales conclusiones de la doctrina de la individuación en este libro. Ellas afirman algunos de los rasgos generales que gobiernan el uso del operador de individuación:

- I. En todo sistema jurídico hay reglas que imponen deberes y reglas que confieren facultades.
- II. Estas son normas jurídicas.¹⁹
- III. En todo sistema jurídico hay varios otros tipos de disposiciones jurídicas que no son normas.²⁰
- IV. Todas las disposiciones jurídicas que no son normas se encuentran internamente relacionadas con las normas jurídicas.
- V. Las reglas jurídicas pueden entrar en conflicto.²¹

¹⁹ Consecuentemente, he abandonado la explicación de la normatividad de estas reglas, proporcionada en el capítulo VI, la cual se fundamentaba en las sanciones o en otras consecuencias que acompañan el comportamiento descrito por las reglas. Una explicación alternativa puede verse en mi libro: *Practical Reason and Norms*, cit., capítulos II: *Mandatory norms* y III: *Non-mandatory norms*. (pp. 49-84 y 85-107) donde se explica, también, que las permisiones son normas. Para una explicación de obligaciones y deberes, véase igualmente mi artículo: "Promises and Obligations" (Hacker, P. M. S. y Raz, Joseph. (Ed.), *Law, Morality and Society. Essays in Honor of H. L. A. Hart*, cit., pp. 210-228); para un examen crítico de tales teorías, véase: Hacker, P. M. S., "Sanction Theories of Duty" (en Simpson, A. W. B. (Ed.), *Oxford Essays of Jurisprudence (Second Series)*, cit., pp. 131-171).

²⁰ A. M. Honoré en "Real Laws" (cit., p. 112) sugiere que hay (al menos) cinco tipos de disposiciones jurídicas que no son normas:

1. Disposiciones *existenciales*. Crean, destruyen o regulan la existencia o no existencia de entidades.
2. *Reglas de inferencia*. Establecen cómo pueden, tienen que o deben ser, preferiblemente, probados los hechos y qué inferencias pueden, tienen que o deben ser, preferiblemente derivadas de las pruebas.
3. *Reglas que categorizan*. Explican cómo traducir acciones, eventos y otros hechos en las categorías apropiadas.
4. *Reglas de rango (scope)*. Fijan el alcance de otras reglas.
5. *Reglas que especifican posición*. Establecen la posición jurídica de personas o cosas en términos de derechos, responsabilidades, *status* y situaciones similares.

No necesariamente estoy de acuerdo en todos los detalles de su análisis; sin embargo comentaré aquí una sola cuestión. Honoré se refiere ("Real Laws", cit., p. 117) a 'una regla o presuposición de disposición jurídica' de que está prohibido cometer ilícitos. Sin embargo, es parte del significado de 'ilícito' que éste no debe ser cometido. Por tanto, no hay ninguna disposición jurídica especial para tal efecto. Toda disposición jurídica que establece un ilícito es (*pace* Honoré) una norma.

²¹ El punto de vista opuesto es sostenido por J. W. Harris (*Cfr. Law and Legal*

Algunos autores dudan de la existencia independiente de las disposiciones jurídicas que confieren facultades. Estas dudas tienen una larga y respetable tradición. Recientemente fueron expuestas nuevamente por J. W. Harris.²² Este autor sostiene que es posible describir todo el contenido de un sistema jurídico como consistiendo en muchas reglas que imponen deberes y que es deseable hacerlo. Sin embargo, es dudoso si tal proyecto es verdaderamente realizable. D. N. MacCormick²³ ha convincentemente argumentado que los derechos subjetivos pueden existir independientemente de deberes. Una ley o alguna transacción privada pueden investir a una persona con un derecho sin que un deber sea impuesto a

Science. An Inquiry into the Concepts Legal Rule and Legal System, Oxford, Oxford University Press, 1979, pp. 81-83. [Sobre este libro véase Tamayo y Salmorán Rolando: "Harris. Law and Legal Science" (reseña) en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año XVI, Núm. 46, enero-abril 1983, pp. 236-244. NT]). El error de Harris consiste en confundir conflicto con contradicción y en deducir, del hecho de que un tribunal que enfrenta un conflicto hará algo para resolverlo, que el conflicto no existía en el primer momento. En el capítulo II: *The Model of Rules I* de su libro: *Taking Rights Seriously*, (cit., pp. 14-45), Roland Dworkin correctamente enfatiza la importancia de los conflictos en la decisión judicial. Sin embargo, Dworkin erróneamente asume que únicamente un solo tipo de estándares jurídicos (que él llama principios) pueden entrar en conflicto (*Cfr. Taking Rights Seriously*, cit., pp. 24-25). Su afirmación de que el otro tipo (el que él llama 'reglas') no puede entrar en conflicto con ningún estándar jurídico se contradice con su propia afirmación de que éstos pueden entrar en conflicto con los principios. En el capítulo VI (*Cfr. supra*) asumí que en todo sistema jurídico existen reglas para la resolución de todos los conflictos jurídicos. Esto no es necesariamente el caso (*Cfr. el capítulo IV: Legal Reasons, Sources and Gaps* de mi libro: *The Authority of Law. Essays on Law and Morality* cit., pp. 53-77. (*Cfr. La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, cit., pp. 75-103. NT). Los conflictos que he examinado son aquellos que se dan entre las reglas que imponen deberes y entre éstos y las permisiones. Para un intento de aplicación más amplia de la noción, véase: Munzer "Validity and Legal Conflicts" (*Yale Law Journal*, Vol. 82, 1973 pp. 1140-

²² Su historia se remonta, cuando menos, al libro de Bentham: *Of Laws in General* (*op. cit.*) En los capítulos I y V de este libro he discutido su tratamiento del tema, así como el de Kelsen. Véase, Hart, H. L. A. "Bentham on Legal Powers", en *Yale Law Journal*, Vol., 81, 1972, p. 799 (reimpreso en Hart, H. L. A. *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, cit., pp. 194-219. NT). Véase también: MacCormick Niel D. "Voluntary Obligation and Normative Powers" *Aristotelian Society, Supplementary*, t. 46, 1972, pp. 59-78. Reimpreso en: MacCormick Niel D. *Legal Right and Social Democracy. Essays in Legal and Political Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, [1982] 1984, pp. 190-211. NT). Los argumentos de J. W. Harris se encuentran en el capítulo V: *Models of Rationality* de su libro: *Law and Legal Science. An Inquiry into the Concepts Legal rule and Legal System* (cit., pp. 132-164).

²³ MacCormick, Niel D. "Rights in Legislation" en Hacker, P. M. S. and Raz, Joseph (Eds) *Law, Morality and Society, Essays in Honor of H. L. A. Hart*, cit. pp. 189-209 (Sobre este artículo véase, Tamayo y Salmorán, Rolando "MacCormick

cualquiera con relación con este derecho. Algunas veces la ausencia de un deber 'correlativo' o 'protector' se debe al hecho de que el derecho hace su existencia condicional y ocurre que ninguno satisface la condición. El derecho, descrito sistemáticamente, establece que si alguien tiene derecho y si alguna otra condición es satisfecha entonces otra persona es sujeto de un deber. Hay casos en los cuales el derecho existe, pero la otra condición no es satisfecha. Esto haría imposible reducir los derechos a los deberes existentes, aunque es aún posible reducirlos a deberes condicionales.²⁴ Sin embargo, los derechos tienen más fuerza residual que la de ser parte del antecedente de deberes condicionales. Los derechos son principios que guían la discreción de los tribunales. Los tribunales pueden contar con la existencia de derechos al justificar la creación de nuevos deberes (y nuevos derechos subsidiarios). Este papel de los derechos es distinto a ser parte del antecedente de deberes condicionales. La relación entre un derecho y un deber condicional existe en virtud de una regla jurídica válida, una regla constitutiva en la terminología del capítulo VII. Sin embargo, los derechos son también 'fuente' de nuevas reglas. Las reglas que imponen deberes que aún no existen pueden ser creadas para proteger esos derechos, nuevas facultades pueden ser conferidas para facilitar su ejercicio, etcétera. Es crucial que los deberes referidos no puedan ser deducidos de los derechos. Los derechos no implican la existencia de estos deberes; simplemente autorizan y guían a los tribunales para actuar en su protección siempre que juzgen que cada acción es la mejor a la luz de consideraciones morales. Los derechos subjetivos, en general, tienen dos dimensiones. Por un lado, los derechos son regulados por reglas invetitivas, privativas y constitutivas existentes. Por el otro lado, forman una fuente potencial de nuevas disposiciones jurídicas, una autorización

Niel D. Rights in Legislation" (reseña), en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Año XVI, Núm. 46, enero-abril 1983, pp. 384-389. Sobre ciertas funciones de los derechos que no se reducen a los deberes, véase el capítulo: *Facultad jurídica y derecho subjetivo* del libro de Rolando Tamayo y Salmorán: *El derecho y la ciencia del derecho* (Introducción a la ciencia jurídica), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984, pp. 59-78. NT). Un argumento similar es avanzado más oblicuamente por A. M. Honoré en su artículo "Rights of Exclusion and Immunities against Diversting" (*Tulane Law Review*, Vol. 34, Núm. 3, abril 1960), pp. 453-468. Véase también el argumento más general en el mismo sentido en: Feinber, Joel. *Social Philosophy*, Westport, Conn. Greenwood Press, Publishers, 1973.

²⁴ Es aun argumentable que esta reducción distorsione la naturaleza de los derechos. Ver, por ejemplo, lo que equivale a un argumento en este sentido: MacCormick, Niel D. "Obligation of Reparation", *Proceeding of the Aristotelian Society* Vol. 78, 1977-1978, pp. 175-183 (reimpreso en: MacCormick, Niel D. *Legal Right and Social Democracy. Essays in Legal and Political Philosophy*, cit., pp. 212-231. NT).

a los tribunales para generar nuevas reglas para su protección. Esta segunda dimensión de los derechos subjetivos vence su reducción a deberes. Obsérvese que esto no significa que el concepto de derecho subjetivo pueda ser explicado sin referencia al deber. La explicación delineada anteriormente únicamente representa a los derechos subjetivos como la 'fuente', entre otras cosas, de deberes 'pontenciales'. Sin embargo, es una confusión pensar que la dependencia explicativa de 'derechos subjetivos' de 'deberes' garantiza la conclusión de que las reglas que regulan los derechos subjetivos son meramente parte o son equivalentes a reglas de deberes.

Tampoco pueden ser reducidos a obligaciones condicionales más complicadas: 'si x tiene un derecho y si un tribunal decide que todos deben de hacer A , entonces todos deben de hacer A .' La cuestión es que la decisión del tribunal puede ser un precedente obligatorio (como lo es en el derecho inglés) ^e aún si el tribunal no fuera autorizado a pronunciarlo por la existencia de un derecho subjetivo. Por tanto, esta explicación del aspecto dinámico del derecho falla. Uno debe de obedecer las decisiones de los tribunales de cualquier manera. La mención del derecho en esta pretendida reducción es redundante.

Finalmente, y esto es un punto importante, los derechos no pueden ser reducidos a razones *prima facie* para los tribunales para asegurar su contenido. El derecho de A para \emptyset es una razón para que los tribunales le permitan \emptyset , impedir a otros obstruirlo etcétera. Sin embargo, muy aparte del hecho de que no existe ninguna lista final y exhaustiva conocida ahora

^e Cfr. *supra*: nota i. capítulo III, En la doctrina jurídica angloamericana del precedente judicial se llama '*ratio decidendi*' al fundamento jurídico de una decisión judicial y, en virtud de la doctrina del *stare decisis*, el fundamento jurídico que los tribunales habrán de aplicar cuando conozcan de casos similares. Por extensión metafórica '*ratio decidendi*' se usa para referirse a los argumentos que motivaron la sentencia, los cuales pueden encontrarse en sus considerandos. Sin embargo, la *ratio decidendi* de una decisión judicial no es necesario que sea expresamente enunciada, ni contenida en una frase o expresión del tribunal, ni necesariamente hecha pública en un informe judicial (el *reporter* pudo mal interpretar la sentencia). La *ratio decidendi* tiene que ser descubierta determinando qué hechos fueron considerados relevantes para la decisión y qué argumentos jurídicos justifican tal decisión. La determinación de la *ratio decidendi* es tarea de un tribunal posterior, el cual debe determinar si el caso es un precedente del asunto que conoce o no. Si es así, y no encontrando elementos que permitan *distinguir* el caso de su conocimiento, el tribunal se encuentra vinculado por la decisión anterior. Todo aquello en la sentencia que no es parte de la *ratio decidendi* es considerado *obiter dicta* (casos hipotéticos, explicaciones, aclaraciones, etcétera). La importancia en determinar la *ratio decidendi* de una decisión judicial reside en que, bajo la doctrina del *stare decisis*, (i. e. del precedente obligatorio) un tribunal se encuentra vinculado, únicamente por lo que se considera haber sido la *ratio decidendi* de una decisión. (Tamayo y Salmorán Rolando. "Ratio decidendi" en *Diccionario Jurídico Mexicano*, cit., t. VII, pp. 326-327.)

que pueda reemplazar el 'etcétera', existe otro argumento de que los tribunales pueden haber tenido una razón para tal acción basada en diferentes fundamentos. Puede basarse sobre consideraciones de bienestar general o salud pública, paz pública, etcétera, o bien, puede fundarse sobre los derechos de *A*. Lo cual constituye su pérdida por la reducción. Sin embargo, establecer el fundamento jurídicamente reconocido de la razón del tribunal para permitir a *A* \emptyset , etcétera, no es meramente retórico. Puede ser crucial para determinar el peso que le es permitido al tribunal atribuir a esta razón cuando entra en conflicto con otras.²⁵

Uno bien puede preguntarse qué tiene que ver la posibilidad o imposibilidad de describir el contenido de un sistema jurídico completo como un conjunto de muchos deberes con la individuación de las disposiciones jurídicas. Está fuera de duda que el operador de individuación se aplica efectivamente a otras reglas, incluyendo las reglas que confieren facultades. J. W. Harris piensa que tales reglas son 'exceptuantes de deberes'. Pero esto es en virtud de que no puede distinguir permisiones de autorizaciones. Las últimas confieren facultades, así como permisiones para usarlas. Harris usa el siguiente ejemplo: 'el juez puede (en ciertas circunstancias) destinar los fondos de una persona muerta en contra de su testamento'.[†] Esta autorización claramente permite al juez destinar los fondos, pero también le da facultades para hacerlo. Como resultado de tal regla una adjudicación hecha por el juez es válida y confiere un título válido (destinar por adjudicar). La diferencia entre un juez y yo no es que no me esté permitido destinar los fondos contrariamente a los términos de un testamento, sino que yo no puedo hacerlo. Yo no poseo la facultad requerida.

Es claro que hay reglas que confieren facultades. En el discurso jurídico el operador de individuación y otros instrumentos de individuación son usados regularmente para referirse a reglas que confieren facultades.²⁶ Pero ¿estas reglas son normas? No si uno equipara 'norma' con un reque-

²⁵ Los derechos (o algunos tipos de derechos) pueden ser permisiones, pero entonces uno necesita de una adecuada teoría de permisiones para dar cuenta de ellos. J. W. Harris no proporciona ningún análisis de permisiones. En su libro (*Law and Legal Science* (cit., p. 93) sugiere en dos oraciones sucesivas que hay reglas que otorgan permisiones y luego que no las hay.

[†] Harris, J. W. *Law and Legal Science. An Inquiry into the Concepts Legal rule and Legal System*, cit., p. 94.

²⁶ Es una cuestión distinta si todas las reglas que confieren facultades son, también, reglas que imponen deberes. He analizado esta cuestión brevemente en este libro (*cf. supra: Notes on Obedience Laws*) y en mayor extensión en mi artículo: "Voluntary Obligations and Normative Powers" en *Aristotelian Society Supplementary Volume*, Vol. 46, 1972, pp. 87-92.

rimiento o una prohibición. Las facultades son capacidades normativas conferidas en las personas en virtud de que es deseable permitir a los individuos cambiar las situaciones normativas cuando ellos decidan hacerlo.²⁷ En cuanto a las facultades jurídicas se refiere, por 'deseable' léase 'aceptado como deseable por los tribunales'. Tal capacidad significa que el propio derecho vincula consecuencias jurídicas a una acción para determinar las consideraciones en favor o en contra de tal acción sobre las cuales el titular de la facultad decide qué hacer. El derecho guía la acción del titular de la facultad. Guía su decisión de ejercitar o no ejercitar la facultad. El derecho no meramente guía la acción de los individuos sometidos a deberes o exentos de ellos en virtud del ejercicio de su facultad. Es en virtud de este hecho que las reglas que contienen facultades son normas. Guían el comportamiento. Pero contrariamente a las reglas que imponen deberes, ellas proporcionan una guía indeterminada. Los deberes son requerimientos que vencen las otras razones que la gente tenga para la acción. La guía proporcionada por las facultades *depende* de las otras razones del agente. Si tiene razones para obtener el resultado que la facultad le permite lograr, entonces tiene razones para ejercitarla. Si tiene razón para evitar el resultado, entonces tiene una razón para no ejercitar su facultad.

La idea central es simple: el derecho guía la acción si intenta determinar las razones por las cuales el agente tiene que ser guiado, sobre la base de las cuales tiene que decir qué hacer. Al imponer deberes el derecho requiere una decisión. Sostiene que el deber debe ser la única razón legítima que determine tal decisión. (Estoy aquí simplificando e ignoro la posibilidad de conflictos jurídicos. Pero estos pueden ser fácilmente acomodados dentro de los límites de esta explicación). Aquí, el derecho determina las razones de la acción limitando la opción del agente. No le deja ninguna opción. Conferir facultades es también una manera de determinar jurídicamente las razones del agente en favor o en contra de cierta acción. El agente es investido con la capacidad de cambiar su posición jurídica o la de otros. Esto puede afectar su decisión. Sin embargo, no siempre una acción vincula consecuencias jurídicas que puedan afectar la decisión es un caso de guía normativa. El conferimiento de facultades es un caso de guía normativa en virtud de que ahí el derecho vincula aquellas consecuencias a la acción para que los agentes basen sus decisio-

²⁷ Aquí me desvío del análisis que propuse en este libro (*Cfr. supra*: inciso 5, capítulo IV), sigo el análisis de mi libro: *Practical Reason and Norms, cit.*, pp. 97-106.

nes en favor o en contra de la acción sobre la base de tales consecuencias únicamente. No es ninguna conciencia que los actos que confieren facultades tengan sólo otras consecuencias triviales (la facultad es típicamente ejercida por la emisión de una palabra o el asiento de una firma). Tanto los deberes como las facultades intentan determinar (de diferentes maneras) las razones en favor o en contra de la acción que afectan. Cuando una disposición jurídica guía el comportamiento, eso es, cuando determina las razones para una acción de un agente de la manera descrita, es una norma. Por tanto hay, al menos, dos tipos de normas jurídicas, las que imponen deberes y las que confieren facultades.²⁸

Es a través de guiar normativamente el comportamiento que el derecho lucha para lograr cualquier propósito social que tenga, primero directamente, a través de los individuos que efectivamente son guiados por el derecho y, segundo, indirectamente, mediante las consecuencias causales de conocer el derecho y la acción guiada por él. Como el derecho realiza cualquier función social que tenga a través de su guía normativa, los dos se encuentran íntimamente conectados. Sin embargo, conceptualmente son claramente distintas y ninguna función social ni propósito social debe ser confundido con el modo de la guía normativa.

4. Normatividad

Una laguna importante en la concepción de las tareas de la filosofía jurídica presentada en la introducción es la ausencia de alguna referencia a la explicación de la normatividad del derecho como una tarea independiente. Como resultado de la omisión las ideas sobre la normatividad del derecho que se expresan en el libro emergen oblicuamente de la discusión de otras cuestiones. Al estar normalmente fuera de foco, proporcionan una imagen equívoca y distorsionada. Tres cuestiones se tienen que mantener estrictamente separadas: (1) ¿Cómo determinar el carácter normativo de las reglas jurídicas? (2) ¿Cómo afectan los motivos de la acción la existencia del derecho? (3) ¿Por qué los individuos usan un lenguaje normativo al hablar del derecho?

²⁸ Algunas reglas que otorgan permisiones son también normas (Cfr. Raz, Joseph *Practical Reason and Norms*, cit., pp. 89-97 and *Id.*, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, cit., pp. 64-67 y 256 y la naturaleza de las reglas que instituyen reglas tiene que esperar un análisis más satisfactorio de los derechos. Sobre las funciones sociales del derecho, véase el capítulo IX: *The Functions of Law* de mi libro: *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, cit., pp. 163-179. (Cfr. *La autoridad del derecho; Ensayos sobre derecho y moral*, cit., pp. 207-225. NT).

La primera cuestión, referente a la determinación del carácter normativo de las reglas jurídicas, ha sido analizado en el inciso anterior. No debe confundirse con la investigación filosófica más amplia del sentido de los principales términos normativos. Adopto la conclusión de tal investigación y procedo a investigar qué reglas jurídicas deben ser descritas mediante qué conceptos normativos. En otras palabras, en este estadio uno asume un entendimiento de 'deber', 'permisión', 'facultad' y 'derecho subjetivo' y uno considera sobre qué base puede una regla jurídica particular ser considerada como una regla que impone deberes o como una regla que impone facultades, etcétera. Como se indicó anteriormente la cuestión tiene que ser decidida por la intención y propósito atribuidos al derecho por los tribunales. Una regla es una norma que intenta guiar la acción determinando las razones en pro y en contra de su realización. El carácter intencional de esta guía decide qué tipo de norma es.

La cuestión del carácter normativo de las reglas jurídicas (*i. e.* ¿son normas? y si lo son ¿de qué tipo?) se encuentra íntimamente relacionada con el problema del impacto motivador del derecho (*i. e.* ¿afecta las actitudes y las acciones de los individuos? y si es así ¿cómo?) Esta conexión, aunque frecuentemente percibida, es a menudo mal entendida. El carácter normativo de una regla es, con frecuencia, un factor capital para determinar una influencia motivadora. Una versión contra la sugerencia errónea de que la fuerza motivadora de una regla decide su carácter normativo ha sido convincentemente sostenida por Hart al criticar a Kelsen, uno de los más vigorosos defensores de esta falacia.²⁹ Hart muestra como no se puede identificar deberes como aquellas acciones cuya omisión se vincula a una sanción jurídica. Tal procedimiento asume que hay una manera de distinguir las sanciones de otras consecuencias jurídicas que son normalmente indeseables desde el punto de vista del agente (*e. g.* impuestos sobre ingresos o sobre importación), distinta a definir sanciones como aquellas consecuencias jurídicas vinculadas al incumpli-

²⁹ Hart, H. L. A. "Kelsen visited" *cit.* (Cfr. *Una visita a Kelsen, cit.*, NT). Kelsen, por supuesto, niega que esté tratando de la influencia motivadora que el derecho ejerce. Se ocupa meramente de las consecuencias potencialmente motivadoras estipuladas por el derecho. Su teoría es una teoría del derecho en los libros, derecho tal y como es visto desde el punto de vista del jurista. El resto pertenece a la sociología. Pero uno necesita agregar solamente que la maquinaria de aplicación del derecho es ampliamente eficaz y esto es generalmente conocido como para derivar (sobre el presupuesto de un mínimo de racionalidad), cuando menos, débiles generalizaciones sobre las influencias motivadoras del derecho. La doctrina de Holmes de que el derecho debe ser considerado desde el punto de vista del hombre malo es otra versión del mismo error.

miento de un deber. El argumento de Hart muestra que la influencia motivadora de una regla no es suficiente para determinar su carácter normativo. La explicación que ofrecí anteriormente, referente a la determinación del carácter normativo de las reglas hace que este carácter dependa de las intenciones del derecho para determinar las razones de la acción. En el caso de facultad esto implica vincular consecuencias jurídicas a la acción, pero no todas las consecuencias jurídicas son relevantes para la determinación del carácter normativo de las reglas. Considérense las siguientes situaciones:

(1) Si yo hago un testamento, entonces, si muero sin cambiarlo, los beneficiarios designados en el testamento tendrán un derecho a mi patrimonio.

(2) Si solicito un permiso de construcción, entonces la autoridad en cuestión tiene el deber de considerar mi solicitud siguiendo el procedimiento apropiado y decidir sobre la base de consideraciones lícitas.

(3) Si yo compro un receptor de televisión debo pagar la licencia de concesión.

(4) Si cometo un daño en ejercicio de mi trabajo, entonces mi patrón tiene el deber de pagar daños al agraviado.

(5) Si despedido a un empleado, el empleado tiene derecho a los beneficios del desempleo.

En todas estas situaciones la realización origina consecuencias jurídicas. Pero, únicamente en las dos primeras la intención del derecho es que la decisión (hacer un testamento o solicitar permiso de construcción) debe ser determinada por las consecuencias jurídicas únicamente. En las demás, ellas son cuando mucho, agregadas a las otras consideraciones del agente. Similarmente, aunque el incumplimiento del deber puede ser vinculado a una sanción, es la estipulación de que la acción es obligatoria la que intenta determinar el juicio del agente con exclusión de todas las otras consecuencias no jurídicas. La estipulación de la sanción proporciona una consideración de refuerzo para aquellos que no lograron actuar por la existencia del propio deber. En sí misma, la disuación, a través de medidas que son sanciones, no difiere de la disuación a través de imposiciones fiscales y otras medidas similares.

El enfoque acentúa la intención del derecho como el factor decisivo para determinar el carácter normativo del derecho. Esto se mantiene dentro de la intuición básica que informa el trabajo de muchos juristas, a saber: que el carácter del derecho depende de las actividades y actitudes de las

instituciones jurídicas principales encargadas de crear el derecho y aplicarlo. Lo que efectivamente ocurra con él en el 'mundo real' es una cuestión aparte. Constituye el objeto de muchas de las investigaciones sociológicas sobre el derecho.

Es posible, sin embargo, establecer varias generalizaciones sobre la influencia motivadora del derecho basada únicamente en los presupuestos más generales sobre el funcionamiento de la sociedad. Haré únicamente una observación. El derecho motiva de dos maneras: vinculando consecuencias de varias formas de comportamiento y estableciendo estándares para el comportamiento. Dado que todo sistema jurídico en vigor es, en gran medida eficaz, existe alguna probabilidad de que las consecuencias jurídicamente estipuladas sean, de hecho, aplicadas. Cualquiera, con un conocimiento general de estos escuetos hechos, asumiendo que es racional en un grado mínimo, será afectado en términos de motivación. Esto es, será inclinado, *ceteris paribus*, a adoptar un curso de acción al cual se le vinculen consecuencias jurídicas favorables y evitar acciones a las cuales se vinculen consecuencias desfavorables. Esto es justamente el truismo que parece ser y contiene toda la verdad que hay en las teorías que ponen la influencia motivadora del derecho enteramente en las sanciones.

Las teorías que proclaman que el derecho únicamente motiva a través de sanciones están comprometidas con dos errores y expuestas a caer en un tercero. Exageran la efectiva fuerza motivadora de las sanciones. Es realmente fácil que uno confíe en ellas, como muchos defensores del derecho y del orden lo hacen, olvidando que el éxito efectivo de las sanciones para asegurar los resultados deseables depende no en la probabilidad general de que sean aplicadas, dada la eficacia general del derecho, sino en que la probabilidad en clases particulares de casos, dada la probabilidad de detección y de exitosa persecución, la probabilidad de que el particular escoja seguir una acción judicial y obtenga una sentencia en su favor, la posibilidad del hombre para pagar (si la sanción es monetaria) o someterse al castigo (puede estar muy enfermo), la inclinación de los jueces y jurados para imponer sanciones que el derecho les permite o les requiere, los beneficios para los delincuentes por violar el derecho, su conocimiento de los hechos mencionados anteriormente, sus deseos de correr riesgo, etcétera.

Cuidadosos estudios han evitado el error de exagerar la influencia motivadora directa de las sanciones. Si ellos suscriben la creencia de que el derecho motiva únicamente a través de sanciones; son culpables de otros dos errores: de pasar por alto la importancia de otras consecuencias jurí-

dicamente estipuladas y de ignorar el impacto motivador de los estándares establecidos. Se ha subrayado que las facultades jurídicas existen cuando el derecho vincula consecuencias jurídicas, que no son sanciones al ejercicio de facultades jurídicas. Hay también muchas otras consecuencias jurídicas de la acción que no son sanciones, como la imposición fiscal, contribución obligatoria y otros pagos, requerimientos para construcción, cargas probatorias y procesales, gestiones burocráticas ordinarias,⁸ etcétera. Algunas de éstas son imposiciones incondicionales. La mayoría, sin embargo, está condicionada por los deseos de uno de embarcarse varias formas de acción. Éstas realizan un papel motivador que no se distinguen del de las sanciones (excepto que algunas de tales consecuencias son atractivas más que desagradables).

Compárese una multa por estacionarse mal, con una suma equivalente pagada por el permiso para usar un estacionamiento. Normalmente, uno esperaría que la multa fuera más eficiente para reducir el mal estacionamiento de automóviles que el costo de un estacionamiento. La diferencia en el poder motivador no puede ser explicado en términos de una diferencia en las consecuencias jurídicamente estipuladas que son, por definición, las mismas; tiene que ser explicada por el hecho de que el derecho en uno de los casos efectivamente establece un estándar prohibiendo el estacionamiento, mientras que ningún estándar existe en el segundo.

Esta influencia motivadora del derecho, algunas veces es, considerada irrelevante para nuestro entendimiento de la naturaleza del derecho en razón de que no es rasgo universal del derecho sino, más bien, depende de motivaciones independientes que pueden o pueden no estar presentes. En esto difieren realmente de las sanciones, las cuales descansan en motivos que son universales (aunque no siempre decisivos) tales como el interés en la vida, la salud, la libertad o la propiedad. Por otro lado, otras consecuencias jurídicamente estipuladas no necesitan descansar en motivos universales. Son importantes para nuestro entendimiento del derecho porque, aún si su operación detallada varía, como grupo son sistemáticamente usadas e invariablemente consideradas tanto por las instituciones jurídicas como por los sujetos del derecho.

Lo mismo es verdad de la motivación del derecho al establecer estándares de comportamiento. Esto es realizado simplemente declarando qué acciones están prohibidas y cuáles están permitidas lo que una persona

⁸ En el original aparece '*red tape*'. En lenguaje coloquial esta frase alude a procedimientos burocráticos especialmente caracterizados por su adherencias mecánica a los reglamentos. Proviene del hecho de que el "listón rojo" se usa formalmente para atar los documentos jurídicos en Inglaterra. NT.

tiene el deber de hacer y lo que tiene el derecho de hacer. En la mayoría de las sociedades varios grupos, además de los funcionarios, aceptan convenciones recibiendo cumplimiento del derecho en general o de ciertos grupos de disposiciones jurídicas (*e. g.* excluyendo disposiciones de tránsito o incluyendo únicamente las disposiciones relativas a delitos serios y a negocios honestos, etcétera). Su aceptación puede deberse a la superstición, a convicciones morales o religiosas a consideraciones de interés propio o, simplemente, al hecho de que es lo que todos creen. En cualquier caso, la existencia de tales convenciones permite al derecho motivar estableciendo estándares los cuales “disparan” y aplican su fuerza motivadora a nuevas formas de comportamiento. Su importancia tiene que ser reconocida en una explicación general de la naturaleza del derecho, toda vez que ellos cuentan, en grado considerable, para la eficacia del derecho, como es el caso, y porque la creación del derecho está completamente diseñada para depender de ella, para invocar su existencia y ponerlas en funcionamiento.

5. *Enunciados normativos*

Ni la explicación del carácter normativo de las reglas jurídicas ni el entendimiento de la fuerza motivadora del derecho son suficientes para explicar por qué los individuos usan lenguaje normativo al describir el derecho. ¿Por qué la gente describe las instituciones jurídicas en términos de deberes y derechos subjetivos, permisiones, etcétera?

La primera cosa que hay que notar es que uno dispone de un vocabulario alternativo para describir el derecho que es usado frecuentemente. Uno puede hablar de lo que el derecho requiere hacer, de lo que es mejor que uno haga para evitar la prisión o de lo que la clase gobernante, la élite poderosa, el tirano, etcétera, dicta u ordena. Éstas, y muchas otras expresiones, proporcionan un rico vocabulario no normativo para describir situaciones jurídicas que es más usado de lo que algunos estudiosos del derecho les gustaría admitir.

El recurso al lenguaje normativo implica normalmente aceptación de la validez, de la obligatoriedad, de las reglas jurídicas respectivas. Evitar el lenguaje normativo sugiere frecuentemente disentimientos de la creencia en la validez del derecho. La aceptación aquí no supone aprobación moral de la regla ni, tampoco, creencia de que existen razones morales adecuadas para obedecerlas. La aceptación podría ser por razones morales prudenciales, por cualquiera otra o por ninguna razón en absoluto. Todo

lo que significa es la creencia de que el agente debe seguir la regla de acuerdo con sus términos. Aceptar reglas es frecuentemente contrastado con actuar por miedo a la sanción. Esto es un error. Miedo a la sanción es una razón de interés propio y si otra razón de interés propio puede conducir a la aceptación ¿por qué no el miedo a la sanción? 'La honestidad es la mejor política' es el tipo de consideración que conduce a la aceptación de reglas de conducta ya sea que las recompensas sean beneficios o eviten algunas penalidades. La aceptación de las reglas puede descansar en el miedo al castigo, siempre que conduzca a una política general más que a una decisión personal. Uno acepta una regla de conducta si uno se comporta de conformidad con ella en tanto regla, si la política regular de uno es hacerlo. Uno no acepta una regla si uno considera los méritos de conformarse a ella en cada ocasión que se aplica.

Una persona que describe situaciones jurídicas mediante el uso de términos normativos normalmente implica su aceptación de la obligatoriedad de las reglas sobre las cuales sus enunciados descansan. Esto puede llamarse el uso comprometido del lenguaje normativo. No todos los enunciados hechos por el uso del lenguaje normativo son de este tipo. Se ha señalado frecuentemente que el lenguaje normativo puede ser usado para describir los puntos de vista normativos de otra gente como en 'durante la pasada década fue común entre la gente profesional creer que una mujer tenía un derecho al aborto si lo requería'. Muchos autores asumen que todo uso no comprometido del lenguaje normativo es de este tipo. Pero considérese a un abogado que aconseja a su cliente o a un autor que discute una cuestión de derecho. Es típico que ellos no afirman lo que otra gente cree que es el derecho, más bien ellos establecen lo que es. Puesto que el derecho es normalmente una cuestión de público conocimiento, puede ser que otros crean que éste es lo que el abogado o el autor establece. Pero esto es incidental para sus propósitos y en casos típicos no es lo que ellos establecen. Podría ser que la cuestión de derecho clarificada por ellos, aunque correcta, nunca le haya ocurrido a nadie anteriormente. El abogado, puede, por razones prácticas, preocuparse por esto. El autor, por otro lado, es probable que considere esta novedad como una pluma en su sombrero. De cualquier modo, ni el contenido ni la verdad de sus enunciados se afecta si éste es o no una nueva cuestión de derecho. Negar esto es negar la posibilidad de enunciados no comprometidos sobre nuevas cuestiones del derecho.

Se podría objetar que todo lo que este argumento establece es que los enunciados normativos no comprometidos no siempre establecen lo

que la gente cree *explícitamente*. Algunas veces establecen lo que otros creen implícitamente. La objeción tiene fuerza únicamente si uno acepta el principio erróneo de que toda persona, necesariamente, cree en todas las consecuencias lógicas de sus creencias, *i. e.* en todas las proposiciones que están implicadas por cualquier proposición que crea. Éste no es el lugar para explicar por qué éste principio es erróneo. Abandonarlo no conduce a la negación del conocimiento implícito, meramente a un uso más restringido de esta noción. Una vez restringido, sin embargo, se vuelve insuficiente para explicar el tipo de enunciados no comprometidos que estamos explicando, los cuales llamaré enunciados separados o enunciados desde el punto de vista jurídico.³⁰

Imagínese a una persona que cree en la fuerza obligatoria de las reglas inglesas de reconocimiento (y en la de las otras reglas últimas del derecho inglés si hay tales). Imagínese, además, que cree que ningún deber es obligatorio, ningún derecho es válido, ninguna consecuencia normativa tiene algún significado para aquellos que están sujetos a ella, al menos

³⁰ La alternativa de analizar enunciados separados como un tipo de enunciados internos (en un sentido ampliado del término), tampoco es exitoso. Al intentar tal análisis la mejor postura de uno es considerar tales enunciados como enunciados condicionales de razones (*conditional reason-statements*). Tal interpretación puede formularse de alguna manera conformándose con las siguientes líneas: 'jurídicamente uno debe Φ ' cuando es usado para hacer un enunciado separado (*i. e.* uno que sea compatible con 'pero uno no tiene ninguna razón para Φ ') significa: 'si los hechos creadores fueran razones, entonces sería verdad que uno debe Φ '. Uno debe ser cauteloso al interpretar enunciados categóricos como condicionales elípticos. Uno requiere de una muy fuerte razón para hacerlo, especialmente en un caso en que, como en el presente, el condicional completo es muy raramente establecido en su forma completa y explícita. Muy aparte de estas dudas generales hay razones adicionales para rechazar esta interpretación. Puede ser el caso de que los hechos creadores de derecho sean razones para la acción y, sin embargo, que sea falso que uno deba Φ . Puede haber otras razones no Jurídicas para que x no Φ los cuales superan las razones jurídicas para Φ . No es posible evitar este problema diciendo que el 'deber ser' en el condicional es un 'deber ser' *prima facie* que equivale meramente a la afirmación de la existencia de una razón para la acción. Enunciados separados (*detached statements*) puede ser enunciados de 'deber ser' *prima facie*, pero también puede ser enunciados de 'deber ser' concluyente y cualquier interpretación de ellos tiene que permitirlo. La interpretación propuesta no lo permite.

Una interpretación más complicada puede ser propuesta ahora. 'Jurídicamente uno debe Φ ' puede pensarse que es equivalente a 'si los hechos creadores de derecho son razones, entonces, en tanto que tales razones afectan la cuestión, uno debe Φ '. Esto es verdadero pero, más bien, vacuamente verdadero y no informa. Es equivalente (*tantamount*) a decir: 'si en virtud de que de acuerdo con el derecho uno debe Φ , entonces uno debe Φ '. Suficientemente verdadero, pero difícilmente constituye una explicación de 'jurídicamente uno debe Φ '. El enunciado condicional es tautológico, mientras que el enunciado que se propone explicar no lo es.

que puedan ser remontadas hasta las reglas últimas del derecho inglés. Así, además, que esta persona tiene un conocimiento completo de toda la información de los hechos, que es completa y resueltamente racional y que ha inferido todas las consecuencias de las reglas últimas del derecho inglés, incluyendo todas aquellas que se siguen de ellas cuando se aplican a hechos como éstos. Tal persona, claramente muy diabólica para contemplarla de cualquier forma, excepto en un modelo lógico abstracto, representa la aceptación exclusiva del punto de vista jurídico. Los enunciados separados son verdaderos únicamente en casos en que nuestra persona imaginaria cree en su contrapartida comprometida (*i. e.* en el enunciado normativo comprometido normalmente expresado por el uso de la misma oración normativa, cuando es usada para hacer un enunciado comprometido). Un enunciado separado es verdadero si, y sólo si, el punto de vista jurídico es válido y exhaustivo. En otras palabras, un enunciado separado hecho normalmente por el uso de una cierta oración es verdadero si, y sólo si, el enunciado comprometido hecho normalmente por el uso de la misma oración es verdadero —dado los hechos no normativos de este mundo— si las reglas últimas del sistema jurídico respectivo son obligatorias y si no hay ninguna otra consideración normativa obligatoria.

En la parte final del inciso uno del capítulo III distingo entre enunciados jurídicos normativos directos e indirectos. Los comentarios sobre el uso del lenguaje normativo avanzados aquí significan que los enunciados jurídicos directos son, mayormente, enunciados sobre las actitudes, creencias y prácticas de la gente. Los enunciados normativos directos son enunciados comprometidos o separados, dependiendo de las intenciones de los interlocutores tal y como se revela en sus expresiones o por los contextos en los cuales son formulados.